

LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL PENAL DEL INDIVIDUO: UN GIGANTE CON PIES DE BARRO^(*)

*Prof. Javier Chinchón Álvarez^(**)*

(*) Mi agradecimiento a las profesoras Natacha García e Isabel Albaladejo, sin cuyo aporte académico no hubiera sido posible la versión final de este artículo; y mi más sentida gratitud a Mónica Mendoza, sin cuyo soporte vital nada hubiese sido posible.

(**) Investigador del Departamento de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, España. Diploma de Estudios Avanzados (DEA/LLM) en Derecho Internacional Público por la Universidad Complutense de Madrid. Licenciado en Ciencias Políticas y de la Administración por la Universidad Autónoma de Madrid. Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Ex-profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Rafael Landívar de Guatemala, becario de Cooperación Interuniversitaria en la Universidad Católica de Cuyo, Argentina, e investigador-visitante del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica. Director del Centro Iberoamericano de Estudios Jurídicos y Políticos.

RESUMEN:

Técnicamente, y máxime ante un tribunal penal internacional, hay que sostener que salvando que su Estatuto establezca lo contrario, no cabe otra alternativa que juzgar a todos y cada uno de los responsables de la comisión de crímenes de derecho internacional.

Palabras clave: Derechos humanos, Estado, Derecho internacional penal, delito.

ABSTRACT:

Technically, and máxime before an international penal tribunal, is to sustain that saving that its Statute establishes the opposite, it doesn't fit another alternative that to judge all and each one of those responsible for the commission of crimes of international right.

Key words: Human Rights, State, Internacional Criminal Law, crime.

Este trabajo inicia una serie de artículos que se enfrentan a una compleja cuestión como es la responsabilidad internacional del individuo;⁽¹⁾ por ello se me ha solicitado que con la presente contribución trate de esbozar un primer escenario de problemas y desafíos que en la actualidad se ciernen sobre este *principio* de derecho internacional.

Quizás, en la temática que nos ocupa, sean sólo las normas de *ius cogens* –y su contraparte, las obligaciones *erga omnes*–, ámbitos tan fértiles en complicaciones jurídicas como lo es la materia que da título a este trabajo, y, adviértase, ambos campos se encuentran sustancialmente ligados. De igual suerte, el derecho internacional de los derechos humanos completa el cuadro inicial de interrelaciones y contactos con los aspectos anteriores, condensando, por su parte, dificultades de todo orden.

La responsabilidad internacional del individuo, las obligaciones que de ella se derivan, y el derecho internacional de los derechos humanos, serán tres de los aspectos sobre los que girarán los trabajos que tengo la fortuna de encabezar, por lo que ocuparé estas páginas a realizar una primera aproximación a todas estas cuestiones, planteando más interrogantes que soluciones, y confiando en que sean los artículos de mis colegas los que iluminen las penumbras que vaya dejando en el camino.

Es de justicia comenzar reconociendo que la responsabilidad internacional del individuo es un tema en el que, aún hoy, podría afirmarse, los internacionalistas nos movemos –o algunos internacionalistas se mueven– con cierta incomodidad; de alguna forma nos sentimos, intuyo, como dentro de un traje nuevo y casi recién estrenado al cual aún no nos hemos acostumbrado del todo.

El derecho internacional, como ordenamiento jurídico que, en esencia, regula el comportamiento de los Estados, sujetos titulares de todos los derechos y deberes internacionales,⁽²⁾ ha ido viviendo una

(1) A pesar de que es posible detectar ciertos desarrollos en el campo de la responsabilidad civil internacional del individuo, en el presente trabajo me centraré sólo en el aspecto penal de esta responsabilidad, por lo que aunque usaré el término, genérico, de responsabilidad internacional del individuo, lo haré sólo refiriéndome a esta faceta.

(2) Cfr. *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1949, en especial págs. 179-180.

transformación que, si bien con antecedentes más remotos,⁽³⁾ encuentra su primer momento clave ya en el siglo XV,⁽⁴⁾ y adquiere carta de naturaleza en los procedimientos seguidos tras la Primera Guerra

-
- (3) Algunos autores afirman la existencia de casos en los que se exigió responsabilidad individual por violaciones de la leyes “internacionales” de la guerra ya en el año 405 a.C., tras la destrucción de la flota ateniense en Aegospotamos. Cfr. BASSIOUNI, M. C.: *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1992, pág. 196, así como las referencias que cita.

Más cercano en el tiempo, puede identificarse como embrión del actual principio de la responsabilidad internacional del individuo el caso de Conrad von Hohenstaufen que en 1268 fue juzgado y condenado a muerte por la iniciación de una “guerra injusta”. Cfr. BIERZANEK, R.: “The Prosecution of War Crimes”, en BASSIOUNI, M. C. y NANDA, V. P.: *A Treatise on International Criminal Law*, Charles C Thomas, Illinois, 1973, pág. 560.

- (4) En el año 1474, se registró el que suele considerarse como verdadero primer antecedente de una exigencia de responsabilidad individual de carácter “internacional”: Landvogt Peter Von Hagenbach, puesto al mando del gobierno de la ciudad fortificada de Breisach por el Duque de Borgoña, instauró un régimen de arbitrariedad, brutalidad y terror en el que fueron comunes los homicidios, las violaciones, la imposición ilegal de impuestos y la confiscación arbitraria de la propiedad privada, actos que alcanzaron también a los habitantes de los territorios vecinos, así como a mercaderes suizos en su camino a Francfort. Una gran coalición conformada por Austria, Francia, Berna y las ciudades y caballeros del Alto Rin combatieron al Duque de Borgoña, sitiando la ciudad de Breisach y derrotaron a Von Hagenbach. Ya un año antes de la Batalla de Nancy, en la que moriría el Duque de Borgoña, el Archiduque de Austria, bajo cuya autoridad se capturó a Hagenbach, ordenó su proceso, para cuya realización, en vez de remitirse a un tribunal ordinario, se creó un Tribunal *ad hoc* conformado por 28 jueces de la coalición aliada de Estados y ciudades. En este juicio, un representante del Archiduque que actuaba como demandante, declaró que von Hagenbach había “pisoteado las leyes de Dios y del hombre”, mientras que la defensa se escudó en el acatamiento de las ordenes dictadas por el propio Duque de Borgoña. El tribunal, finalmente, halló culpable al acusado y von Hagenbach, privado de su grado de caballero y de los privilegios que éste le otorgaba, fue ejecutado. Para más datos, véase ALÍ PLANA, M.: “Derecho Penal Internacional”, en <http://www.legalinfo-panama.com/articulos/dpi-1.pdf>, págs. 17-19.

Mundial⁽⁵⁾ y, especialmente, al fin de la Segunda.⁽⁶⁾ Será en este momento cuando el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, en su famosa sentencia de 1 de octubre de 1946, ratificaría, definitivamente, un principio que, en buena medida, supondría una *revolución* en el orden jurídico internacional:

“... that international law imposes duties and liabilities upon individuals as well as upon states has long been recognized (...) individuals can be punished for international law. Crime against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced (...) The very essence of the Charter is that individuals have international

(5) A pesar de importantes hitos anteriores a la Gran Guerra como fueron, por ejemplo, los “*Articles of Military Lawwes To Be Observed In Warres*”, el proceso contra el Conde Rosen de 1689, los procedimientos contra el capitán Nathan Hale y del mayor John Andre, en la revolución norteamericana, el Código Lieber, el juicio contra el Mayor Henry Wirz en la guerra civil norteamericana, o la conocida como “cláusula Martens”, son los artículos 227 a 230 del Tratado de Versalles de 28 de junio de 1919 los que pueden considerarse como punto básico en el proceso mencionado. En el mismo sentido, es interesante consultar los Tratados firmados con el resto de países derrotados, a saber: Tratado de Paz entre los Aliados y las Potencias Asociadas y Austria, adoptado en St. Germain-en-Laye el 11 de septiembre de 1919 (en especial artículos 173, 174, 175, 256 y 275 del Tratado, así como su Protocolo Adicional), Tratado de Paz entre los Aliados y las Potencias Asociadas y Bulgaria, adoptado en Neuilly-sur-Seine el 27 de noviembre de 1919 (especialmente sus artículos 118, 119 y 120, así como el artículo 2 de su Protocolo), Tratado de Paz entre los Aliados y las Potencias Asociadas y Hungría, adoptado en Trianon el 4 de junio de 1920 (en especial los artículos 157, 158, 159 y 160), y el, muerto antes de nacido, Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Turquía, adoptado en Sèvres el 10 de agosto de 1923 (artículos 226, 227, 228, 229 y 230).

(6) En este punto, son referencia imprescindible los Estatutos de los Tribunales Militares Internacionales de Nuremberg y de Tokio y los procesos que en ellos se llevaron a cabo; hasta el punto de que, puede afirmarse, todo el desarrollo posterior dentro del campo de la responsabilidad internacional del individuo es, mediata o inmediatamente, deudor de lo que en este momento histórico acaeció.

duties which transcend the national obligations of obedience imposed by the individual state".⁽⁷⁾

A partir de entonces se irán consolidando un conjunto de normas, en continuo desarrollo –cuantitativo y cualitativo– que a través de la imposición de una serie de obligaciones regularán, en cierto modo, el comportamiento de sujetos tan ajenos –conceptualmente, al menos–⁽⁸⁾ a este ordenamiento como son los particulares. Pero junto a ello, junto al surgimiento de deberes internacionales del ser humano, el desarrollo y reconocimiento de derechos, en perspectiva también internacional, del particular, así como de su capacidad para defenderlos en sedes más allá de lo nacional, ha retroalimentado un devenir que, en última instancia, ha conducido al derecho internacional a una nueva dimensión, una dimensión más *humanizada* o *civilizada*.

La *humanización*⁽⁹⁾ del derecho internacional nos ha llevado, entonces, a, no sólo admitir, sino exigir que las normas internacionales giren su vista hacia la persona, hacia el ser humano, y en este viraje dos piezas han sido claves: de un lado, el surgimiento del derecho internacional de los derechos humanos como una rama del derecho internacional con unas características propias especialmente significativas –derivadas, a mi entender, esencialmente del plano no interestatal sino intraestatal del que se ocupa–,⁽¹⁰⁾ y del otro, el reforzamiento del

(7) *Vid.* “Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal: Proceedings Volumes” (*Blue Series*), vol. 22, págs. 465-466. Puede encontrarse una versión electrónica de los textos de los Juicios de Nuremberg en <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt>.

(8) Sin perjuicio de las valiosas aportaciones de autores clásicos como Suarez, Vitoria, Grocio, Pufendorf y Heffter, o a las más radicales, y cercanas en el tiempo, de autores como Duguit, Jesé, Krabbe, Politis o Scelle en las que la persona, aún en perspectiva de derecho internacional, se sitúa como el sujeto central de este ordenamiento.

(9) Sobre la humanización o civilización del derecho internacional en el sentido aquí utilizado, véase CARRILLO SALCEDO, J. A.: *Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*, Tecnos, 2001, Madrid, págs. 13 y ss, así como págs. 15, y 158-160.

(10) En decir de Salgado Pesantes: “los derechos humanos constituyen un dominio especial, donde están en causa los intereses de las personas muy por encima de los intereses que puedan corresponder al Estado. En los

derecho internacional penal,⁽¹¹⁾ en el que se materializan una serie de especificidades que suponen tanto su razón de ser como la fuente, entiendo, de muchos de las dificultades que anuncié al comienzo.

En estricta perspectiva histórica, debería señalarse que el desarrollo del derecho internacional penal ha sido anterior al del derecho internacional de los derechos humanos tal y como hoy se concibe, pero, como indica Bassiouni, ambos sectores confluyen en el entendimiento de que la última etapa en el proceso de protección internacional de los derechos humanos debe ser, o incluso es, su penalización, esto es, la atribución de consecuencias penales, de naturaleza individual, a aquellos que los vulneren.⁽¹²⁾

*tratados de derechos humanos los Estados contratantes se asignan fines superiores a su interés propio y por ello contraen obligaciones; a diferencia de tratados en los cuales se determinan ventajas para los Estados sobre la base de pretensiones recíprocas.” Vid. SALGADO PESANTES, H.: “Las reservas de los Tratados de Derechos Humanos”, en VV.AA.: *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamundio*, vol. I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 1998, pág. 8. Sobre esta cuestión, véase CANÇADO TRINDADE, A. A.: “Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano”, en VV.AA.: *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*, vol. I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2003, en especial pág. 20 y ss.*

- (11) Aun consciente de la polémica en torno a la denominación correcta de esta rama del derecho internacional, entiendo que es más correcto utilizar la expresión “derecho internacional penal” para hacer referencia a la parte del ordenamiento jurídico internacional que regula aspectos penales en detrimento del término, aparentemente mayoritario, de “derecho penal internacional” que considero más adecuado para enmarcar aquellas partes del derecho penal (interno) con incidencia internacional. Sobre el concepto de derecho internacional penal y sus, posibles, diferencias con el derecho penal internacional, véase BASSIOUNI, M. C.: *Derecho Penal Internacional*, Tecnos, Madrid, 1983, págs. 49 y ss. Desde un enfoque más amplio, véase RYU, P. K. y SILVING, H.: “International Criminal Law –A Search for Meaning–”, en BASSIOUNI, M. C. y NANDA, V. P.: *A Treatise on International Criminal...*, op.cit.; GIL GIL, A.: *Derecho Penal Internacional. Especial consideración del delito de genocidio*, Tecnos, Madrid, 1999, págs. 23-27.

- (12) Cfr. BASSIOUNI, M. C.: *Crimes against Humanity...*, op. cit.

Ciertamente, la afirmación anterior no está exenta de diversas objeciones si la consideramos aisladamente, en tanto que, desde un enfoque más amplio, son las medidas de prevención, promoción, educación, capacitación y desarrollo las que, en realidad, presentan una mayor potencialidad a la hora de lograr una protección –en sentido laxo– *plena* de los derechos esenciales de todo ser humano. Como se ha dicho en multitud de ocasiones, la mejor forma de proteger los derechos básicos de la persona es prevenir su violación a través del afianzamiento de una verdadera cultura de los derechos humanos.

En sentido similar, a nadie sorprenderá comprobar como, por ejemplo, la acción de la sociedad civil organizada ha supuesto, en muchas ocasiones, una protección más efectiva de los derechos humanos que la llevada a cabo a través de los mecanismos judiciales o quasijudiciales previstos en el derecho internacional; de igual modo que tampoco asombrará enfrentarse al hecho de que el aumento del poder punitivo estatal –o interestatal– ha supuesto, en repetidas situaciones, no un freno sino un catalizador para la impunidad.⁽¹³⁾

Mas, todas estas consideraciones no obstan para sostener que, aun reconociendo las limitaciones intrínsecas de toda medida punitiva,⁽¹⁴⁾ el establecimiento de una verdadera penalización internacional de los responsables, individuales, de violaciones a los derechos humanos supondría un paso significativo hacia la *plena* protección de estos derechos; aunque esa protección debiera interpretarse, en última instancia, en clave disuasoria.

(13) Véase, entre muchos otros, el trabajo de ZAFFARONI, E.: “La impunidad y sus consecuencias a nivel jurídico”, en VV.AA.: *La impunidad y sus consecuencias*, Fedefam, Argentina, 1996.

(14) De entre las muchas referencias posibles sobre este particular, recomendaría la lectura del trabajo de Zaffaroni en el XIII Congreso Latinoamericano, V Iberoamericano y Iº del Mercosur de Derecho Penal y Criminología, donde de una manera muy didáctica pone sobre la mesa algunas de estas limitaciones. Cfr. ZAFFARONI, E.: “La función reductora del derecho penal ante un estado de derecho amenazado (o la lógica del carnicero responsable)”, conferencia dictada en el XIII Congreso Latinoamericano, V Iberoamericano y Iº del Mercosur de Derecho Penal y Criminología, celebrado en Guarujá, Brasil, el 16 de septiembre de 2001. Puede encontrarse una versión escrita en *Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho?*, Nº 3, Fabián J. Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2003; y una versión electrónica en www.carlosparma.com.ar/confezaffa.htm.

En este orden de ideas, la constitución de la Corte Penal Internacional, a pesar de su limitada competencia material, y aún con las matizaciones que haré más adelante, parece apoyar esta hipótesis; que, igualmente, defiende Gros Espiell al señalar que: *“La responsabilidad internacional del Estado debe ser complementada con la responsabilidad internacional penal internacional, en ciertos casos, de los autores de determinadas violaciones, particularmente graves y trascendentes, de los derechos humanos”*, basándose, además, en que lo contrario fomenta *“dichas violaciones, ya que los agentes, funcionarios o personas que las cometen, –a veces ejecutando órdenes, a veces por propia iniciativa, a veces como parte de una política– saben que si escapan, o no se produce su juzgamiento interno –no siempre posible, fácil ni positivo–, no serán objeto de responsabilidad penal individual internacional y escaparán así a todo castigo personal”*.⁽¹⁵⁾

En cualquier caso, ya sea otorgando una mayor o menor importancia a la penalización, este enfoque permite comprender el –potencial o real– nexo de unión entre el ámbito de los derechos humanos y el derecho internacional penal, pero no así el régimen normativo especialmente severo, en comparación al propio del derecho internacional de los derechos humanos, que, desde mi punto de vista, impera en el campo de la responsabilidad internacional individual.

La naturaleza de los crímenes que dan origen a la misma, así como la experiencia histórica que consolidó su surgimiento posiblemente pueden explicar este hecho, pero desde la perspectiva del derecho internacional resulta patente que no es para nada *común* el establecimiento de un conjunto de normas que, siguiendo de nuevo a Bassiouni, presentan, en conjunto o individualmente, las siguientes características:

- “1) *Explicit or implicit recognition of proscribed conduct as constituting an international crime, or a crime under international law, or a crime.*
- 2) *Implicit recognition of the penal nature of the act by establishing a duty to prohibit, prevent, prosecute, punish, or the like.*

(15) Vid. GROS ESPIELL, H.: “Responsabilidad del Estado y Responsabilidad Penal Internacional en la Protección Internacional de los Derechos Humanos”, en VV.AA.: *Liber Amicorum...*, op. cit., pág. 117.

- 3) *Criminalization of the proscribed conduct.*
- 4) *Duty or right to prosecute.*
- 5) *Duty or right to punish the proscribed conduct.*
- 6) *Duty or right to extradite.*
- 7) *Duty or right to cooperate in prosecution, punishment (including judicial assistance).*
- 8) *Establishment of a criminal jurisdictional basis.*
- 9) *Reference to the establishment of an international criminal court or international tribunal with penal characteristics.*
- 10) *No defense of superior orders”.*⁽¹⁶⁾

Dicho de otro modo, el derecho internacional penal formulará, sin excepción aparente, que aquel particular que cometa, por ejemplo, un acto de genocidio o un crimen contra la humanidad –violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos cualificadas, en definitiva– será personalmente responsable por ello, sin limite alguno de tiempo,⁽¹⁷⁾ con independencia de que ese particular sea o no sujeto-órgano de un Estado, goce o no de inmunidad de jurisdicción penal,⁽¹⁸⁾ cumpla o no ordenes de sus superiores.⁽¹⁹⁾

(16) Vid. BASSIOUNI, M. C.: *International Criminal Law Conventions and Their Penal Provisions*, Transnational Publishers, Nueva York, 1997, pág. 5.

(17) Cfr. Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968.

(18) Aunque esta cuestión será abordada más adelante, señálese ahora que esta afirmación, tras la reciente decisión del Tribunal Internacional de Justicia debe ser matizada. Véase nota 39.

(19) Entre los muchos textos internacionales con estas previsiones, véase, a modo de ejemplo, la Resolución 95 (I) del 11 de diciembre de 1946: “Confirmación de los principios de Derecho Internacional reconocidos por el estatuto del Tribunal de Nuremberg”, los “Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Nuremberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal”, en *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, vol. II, la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, adoptada en Nueva York el 9 de diciembre de 1948, el “Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind”, en *Yearbook of the*

El derecho internacional penal se configura, de este modo, como un conjunto normativo especialmente novedoso y riguroso –del que, por una analogía racionalista con el derecho interno marcada más por el “deber ser” que por el “ser”, a mi entender, se afirma incluso su carácter de derecho internacional imperativo–,⁽²⁰⁾ cuyo foco de atención, aparentemente, es el particular, el ser humano, no tanto como sujeto activo sino como elemento pasivo de Derecho.⁽²¹⁾ Si bien, como trataré

International Law Commission, 1954, vol. II, así como su versión definitiva de 1996, el I. Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña, adoptado en Ginebra el 12 de agosto de 1949, el II. Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar, adoptado en Ginebra el 12 de agosto de 1949, el III. Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, adoptado en Ginebra el 12 de agosto de 1949, el IV. Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, adoptado en Ginebra el 12 de agosto de 1949, las Resoluciones 2184 (XXI) de 12 de diciembre de 1966 y 2202 (XXI) de 16 de diciembre de 1966, que condenan expresamente como crímenes contra la humanidad la violación de los derechos económicos y políticos de la población autóctona, por una parte, y la política de *apartheid*, las Resoluciones del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas 1074 D (XXXIX) de 28 de julio de 1965 y 1158 (XLI) de 5 de agosto de 1966, relativas al castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad, Resolución de la Asamblea Nacional de las Naciones Unidas 3074 (XXVIII) de 3 de diciembre de 1973 “Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad”, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 39/46 de 10 de diciembre de 1984, las Resoluciones del Consejo de Seguridad 827 de 25 de mayo de 1993 y 995 de 8 de noviembre de 1994, que establecen los Tribunales *ad hoc* para la exYugoslavia y Ruanda, así como el Estatuto de la Corte Penal Internacional, adoptado en Roma el 17 de julio de 1998.

(20) Cfr. GIL GIL, A.: *Derecho Penal Internacional. Especial consideración del delito de genocidio*, Tecnos, Madrid, 1999.

(21) Esta denominación responde a la distinción, ampliamente difundida en la doctrina, entre la capacidad de obrar activa y pasiva del particular, considerándose, bajo la primera, la posibilidad del particular de acceder,

de explicar, realmente, las aguas acaban retornando al mar, y serán los Estados los verdaderos protagonistas de todo este conjunto de normas.

Ahora bien, no cabiendo duda de que los derechos humanos y el derecho internacional penal aparecen estrechamente ligados, es necesario precisar que no son, en realidad, las meras violaciones de los derechos humanos, aun masivas y sistemáticas, las que activan las previsiones penales esencia de este rama del ordenamiento jurídico internacional.

A la vista del desarrollo actual del derecho internacional hay que sostener que tan sólo los Estados pueden violar los derechos humanos, técnicamente hablando, en tanto que las normas internacionales de derechos humanos implican obligaciones para los Estados, no para los particulares. El Estado, al asumir esas obligaciones, es responsable de respetar, garantizar y satisfacer esos derechos; siendo, en consecuencia, que sólo él puede violarlos.⁽²²⁾

Nos movemos, entonces, en el campo de la responsabilidad internacional del Estado, no en la responsabilidad internacional del

en defensa de sus derechos o intereses, a órganos internacionales, y, bajo la segunda, la capacidad de que la conducta de un particular pueda constituir en sí misma un acto internacionalmente ilícito del que se derivaría su responsabilidad internacional. Véase, entre otros, RODRÍGUEZ CARRIÓN, A. J.: *Lecciones de derecho internacional público*, Tecnos, Madrid, 2002, pág. 143 y ss. DIEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 2003, págs. 275-276.

- (22) Si bien, hay que advertir, las actuaciones de otros sujetos a los que se les reconoce cierta personalidad jurídica internacional pueden, en cierto modo, considerarse también como violaciones a los derechos humanos. Pienso, en este punto, por ejemplo, en los grupos insurgentes/beligerantes que controlan de manera estable zonas territoriales de un Estado, poseen una estructura jerárquica que hace posible una escala de responsabilidad, y, en definitiva, presentan un embrión de poder público. Cfr. NIKKEN, P: "El concepto de derechos humanos", en VV.AA: *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1994, t. I, págs. 27 y 28. Sobre esta cuestión en general, véase DÍEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de, op. cit.*, 270-271; MARÍÑO MENÉNDEZ, F. M.: *Derecho Internacional Público. Parte General*, Trotta, Madrid, 1999, págs. 201-203.

individuo que, en realidad, es natural del derecho internacional penal; si bien, hay que tener presente que, como señala Gros Espiel, *“la aplicación de la teoría y de la práctica de la responsabilidad internacional a los casos de violación de los derechos humanos (...) significó una nueva conceptualización de muchos aspectos de la responsabilidad internacional, cambiando, para su aplicación al Derecho de los Derechos Humanos, criterios tradicionales, en cuanto a las obligaciones de los Estados, cuya violación apareja responsabilidad y las conductas de sus agentes de jure o de facto –de cualquier tipo o naturaleza– cuyos actos, imputables al Estado, generan responsabilidad”*.⁽²³⁾

Lo anterior ha sido puesto de manifiesto, entre otros, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en varias ocasiones. Así, por ejemplo, en el asunto asunto Velásquez Rodríguez señaló que:

“En efecto, la protección internacional de los derechos humanos no debe confundirse con la justicia penal. Los Estados no comparecen ante la Corte como sujetos de acción penal. El Derecho internacional de los derechos humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones”.⁽²⁴⁾

Afirmación que se amplía en la Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994, en la que la Corte afirmó que:

“56. En lo que concierne a los derechos humanos protegidos por la Convención, la competencia de los órganos establecidos por ella se refiere exclusivamente a la responsabilidad internacional del Estado

(23) Vid. GROS ESPIELL, H.: “Responsabilidad del Estado y Responsabilidad Penal Internacional...”, *op. cit.*, pág. 112. Sobre esta cuestión, desde una perspectiva mucho más amplia, de los muchos trabajos existentes recomendaría la lectura de CASSESE, A.: *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Ed. Ariel, Barcelona, 1993.

(24) Vid. Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, en *Serie C: Resoluciones y Sentencias*, Nº 4, párr. 134.

y no a la de los individuos. Toda violación de los derechos humanos por agentes o funcionarios de un Estado es, como ya lo dijo la Corte, responsabilidad de éste (Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 170; Caso Godínez Cruz, Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, párr. 179). Si constituyere, adicionalmente, un delito internacional generará, además, responsabilidad individual. Pero la Corte entiende que la Comisión no pretende que se le absuelvan los interrogantes que surgen de esta hipótesis.

57. La Corte concluye que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifestamente violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado. En caso de que el acto de cumplimiento constituya un crimen internacional, genera también la responsabilidad internacional de los agentes o funcionarios que lo ejecutaron”.⁽²⁵⁾

Es importante retener esta distinción, ya adelantada páginas arriba, y es que a pesar de los intentos y alegaciones a favor del establecimiento de una relación directa entre ambos haces de responsabilidad,⁽²⁶⁾ el derecho internacional hoy vigente obliga a reconocer su entidad jurídica diferenciada, aunque no excluyente. Así que el documento de referencia en el campo de la responsabilidad internacional del Estado, esto es, el Proyecto definitivo de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos,⁽²⁷⁾ señale que: “*Los presentes artículos se entenderán sin per-*

(25) *Vid.* Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994 sobre la *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención* (arts. 1 y 2 *Convención Americana sobre Derechos Humanos*), en Serie A: Fallos y Opiniones, Nº 14, párrs. 56 y 57.

(26) Véase, entre otros, GUTIÉRREZ ESPADA, C.: “El punto final (¿?) de un largo debate: Los ‘crímenes internacionales’”, en *REDI*, vol. LIII, nº. 1 y 2, 2001, en especial págs. 40 y ss.

(27) “Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, aprobado por la Comisión de Derecho

juicio de cualquier cuestión relativa a la responsabilidad individual, en virtud del derecho internacional, de cualquier persona que actúe en nombre de un Estado”;⁽²⁸⁾ mientras que el instrumento jurídico más reciente en el campo de la responsabilidad penal internacional del individuo, el Estatuto de la Corte Penal Internacional,⁽²⁹⁾ aclare que: *“Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional”*.⁽³⁰⁾

Ahora bien, tal y cómo la formulaba anteriormente, la responsabilidad internacional individual pareciera algo tan natural como el clásico principio del derecho penal que, allá por el siglo XIX, Cheng formulaba de la siguiente forma: *“The principle that everyone should only be responsible for his own acts or those of his agents may be called the principle of individual responsibility”*,⁽³¹⁾ pero su aparición en un ordenamiento como el derecho internacional no es, como he apuntado, tan *natural*.

Esta *anormalidad* lleva, inexorablemente, a que el reconocimiento de la trascendencia jurídica internacional de ciertos actos realizados por el particular, o dicho de otro modo, la posibilidad de ser tenido como internacionalmente responsable por la comisión de crímenes de derecho internacional,⁽³²⁾ nos enfrente a problemas generales como el de la subjetividad internacional del particular, a problemas normativos como el de su naturaleza jurídica, a problemas jurisdic-

Internacional en segunda lectura, en su 53º período de sesiones (23 de abril a 1º de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001), Documento de las Naciones Unidas: A/CN.4/L.602/Rev.1, de 26 de julio de 2001.

- (28) *Vid.* Artículo 58 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado.
- (29) Estatuto de la Corte Penal Internacional, adoptado en Roma el 17 de julio de 1998.
- (30) *Vid.* Artículo 25.4 del Estatuto de la Corte.
- (31) Citado en BASSIOUNI, M. C.: *Crimes against Humanity...*, *op. cit.*, pág. 238.
- (32) Anótese que existe un elevado número de nomenclaturas distintas para denominar los actos que, en derecho internacional, comprometen la

cionales relativos a la jurisdicción competente y a los conflictos de jurisdicciones, y, evidentemente, a problemas operativos en cuanto a su posibilidad real de aplicación.

Muchos de estos problemas e incertidumbres, entiendo, son imputables a la propia estructura de un derecho internacional afectado de cierta esclerosis ante las exigencias de nuestra realidad actual, mas, algunos de ellos se materializan justamente en los campos que abordarán mis colegas en sus trabajos. Me permitiré, entonces, apuntar, con la brevedad exigida, algunos de los mismos.

Como punto de partida hay que considerar que la vinculación directa del particular al derecho internacional debe entenderse en clave de excepcionalidad, situándose su fundamento, desde mi punto de

responsabilidad internacional del individuo, tanto dentro de la doctrina como en los propios instrumentos internacionales. La Comisión de Derecho Internacional, en el Quinto Informe sobre la responsabilidad de los Estados del Relator Especial Ago, manifestó este hecho, y el problema, o la confusión, que de ello puede derivarse de la siguiente forma: "...Huelga decir que, al adoptar la denominación de "crimen internacional", la Comisión entiende únicamente referirse a "crímenes" de Estado, a hechos atribuibles al Estado como tal. Nuevamente la Comisión desea poner en guardia contra toda confusión entre la expresión "crimen internacional" (...) y expresiones similares ("crimen de derecho internacional", "crimen de guerra", "crimen contra la paz", "crimen contra la humanidad", etc.) utilizadas en una serie de convenciones e instrumentos internacionales para designar determinadas fechorías individuales...". Vid. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1976, vol. II, pág. 38, segunda parte, pág. 117.

Desde mi punto de vista, el concepto idóneo en este campo es el de "crímenes de derecho internacional" en tanto que este término siempre que es utilizado incluye, al menos, aquellos actos que atentan, de forma más grave, contra los derechos humanos más básicos de toda persona como los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad, el crimen de genocidio, y, aunque con relación más difusa, el crimen de agresión. Véanse, por ejemplo, los Principios I y VI de los Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, adoptados por la CDI en 1950 (Cfr. *Anuario de la Comisión Internacional, 1950*, vol. II), así como el artículo 1.2 del "Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind" de 1996, o el Quinto Informe sobre la responsabilidad de los Estados, donde se dice que: "...los delitos denominados "crímenes de derecho internacional ("crimes under international law"); en esta

vista,⁽³³⁾ en la trascendencia internacional del bien jurídico que trata de protegerse. Aunque, ciertamente, es el consenso internacional la pieza clave en perspectiva estrictamente técnica, este consenso se basa en la consideración de que ciertos actos atacan valores fundamentales –ya sea la paz, la seguridad internacional, o la conciencia común de la humanidad– cuyo titular último, cuyo garante del bien dañado como valor material, es la Comunidad Internacional, lo que justifica su relevancia en el ámbito del derecho propio de la misma.⁽³⁴⁾

categoría única están comprendidos los crímenes contra la paz, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra propiamente dichos.” Vid. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1976, vol. II, primera parte, pág. 34.

De igual modo, las primeras versiones de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes definían este crimen como un “crimen de derecho internacional” (*“crimen undet international law”*), si bien, nominalmente, esta mención fue finalmente eliminada de su artículo 1. Para más datos, véase BURGERS, H. Y DANIELIUS, H. (eds): *The United Nations Convention Against Torture: A Handbook on the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1988.

- (33) Es posible afirmar que, en última instancia, la responsabilidad internacional del individuo se ve comprometida en aquellos casos en que el derecho internacional así lo establece, lo que, siendo cierto, llevaría a una suerte de tautología según la cual las acciones que comprometen la responsabilidad internacional del particular son aquellos comportamientos que una norma jurídica internacional establece como generadores de la misma, lo que considero como poco satisfactoria a los efectos de responder, más allá del consenso estatal, a la cuestión sobre el fundamento de este principio. Con una crítica similar a esta postura, véase ABELLÁN HONRUBIA, V.: “La responsabilité internationale de l’individu”, en *R. des. C.*, núm. 280, 1999, págs. 280-283. De otro lado, se ha sostenido el argumento de necesidad, en relación a la persecución o sanción, como fundamento de la responsabilidad internacional individual, lo que, siendo cierto para los conocidos como crímenes transnacionales, no comparto que lo sea para los crímenes de derecho internacional, en tanto que, a diferencia de los primeros, nada parece indicar que sea necesaria la intervención de otros Estados para sancionar crímenes como, por ejemplo, el de tortura, del que se desprende la responsabilidad internacional de aquellos que la cometan.

- (34) Complementariamente, se ha sostenido la posibilidad de fundamentar la responsabilidad internacional del individuo en bienes jurídicos como la

En este sentido, Vargas Carreño, explica que “... los crímenes más graves –los crímenes de los crímenes– en los que la ofensa, además de las víctimas, se considera que ha sido hecha a la humanidad en su conjunto, toda vez que la gravedad de la conducta hiere sentimientos universales o podría establecer un precedente en cuanto a la impunidad de esa conducta, que podrían llegar a constituir una amenaza a la paz y a la seguridad de la humanidad”.⁽³⁵⁾

Dicho con otras palabras, cuando nos enfrentamos a la comisión de crímenes de derecho internacional, “los criminales son enemigos comunes de toda la humanidad y todas las naciones tienen el mismo interés en su aprehensión y persecución”, como sentenció el Tribunal de Apelación de la Cámara de los Lores el 24 de marzo de 1999 en el caso Pinochet.⁽³⁶⁾

Es importante, en este punto, no confundir el fundamento y los fines o resultados que el principio de la responsabilidad internacional del individuo busca obtener. Siendo cierto que la consolidación de este principio responde, históricamente, a intentos de que los criminales más atroces –o algunos de ellos– no quedaran impunes cuando la persecución en o por sus propios Estados era imposible o impensable, fundamentar la responsabilidad internacional individual en este objetivo nos obligaría a reformular todo el principio haciendo depender su virtualidad de que el Estado del foro no persiga los crímenes cometidos en su territorio.

De este modo, habría que añadirle a, por ejemplo, la previsión arquetípica en caso de crímenes de guerra de que “cada una de las

propia existencia de los Estados, o de determinados grupos humanos, si se enfoca la cuestión desde la perspectiva de los bienes jurídicos individuales que los crímenes de derecho internacional quieren, inmediatamente, proteger, y se asume una posición según la cual sin bienes como la vida humana, la libertad, la integridad física, etc. se hace imposible la existencia de un sistema social, que, en última instancia, supone la existencia de entidades estatales. Cfr. GIL GIL, A.: *Derecho Penal Internacional...*, op. cit., págs. 27-41.

(35) Vid. VARGAS CARREÑO, E.: “El Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de la Comisión de Derecho internacional”, en VV.AA.: *Liber Amicorum...*, op. cit., vol. II, pág. 1524.

(36) Cfr. Cámara de los Lores, Apelación, Regina V. Bartle y otros ex parte Pinochet, 24 de marzo de 1999.

Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad”,⁽³⁷⁾ la coletilla de “siempre y cuando el estado territorial no haya iniciado acciones judiciales contra las personas responsables”, lo cual, siendo razonable para la aplicación jurisdiccional del principio, carece de lógica –y de realidad jurídica– en su dimensión normativa,⁽³⁸⁾ además de ser difícilmente conciliable con la titularidad del bien jurídico que se busca tutelar.

Nos encontramos, en definitiva, ante un escenario en el que si los bienes jurídicos que se desean proteger no se refieren ni a la propia víctima individual de esos crímenes, ni al Estado en que los mismos se han cometido, en ninguno caso ninguno de ellos podrá disponer de los mismos en relación a su sanción. Lo que nos lleva a cuestionamientos en relación a lo que desarrollará el trabajo de la profesora Úbeda, esto es, ante los problemas surgidos en el campo de la *Justicia Transicional* y, especialmente, a problemas relativos a la licitud de muchas de las actuaciones o decisiones que toma un Estado, sea por la vía que sea, para gestionar su propio pasado de violaciones a los derechos humanos con rango de crímenes de derecho internacional.

Señalaba que la responsabilidad de la sanción de estos crímenes recae en la Comunidad Internacional y aquí se plantean complejos problemas de igual modo. La Comunidad Internacional, coordinada, u organizada, ha ideado una serie de mecanismos para el castigo de estos crímenes de los que, son ejemplos patentes, los Tribunales *ad hoc* y, por supuesto, la Corte Penal Internacional. Ahora bien, estas instituciones, aun siendo muy importantes, presentan enormes problemas principalmente en relación a su capacidad operativa.

Así, por ejemplo, *El Tribunal Penal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de genocidio y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Rwanda y de los ciudadanos rwandeses presuntamente responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza*

(37) *Vid.* artículos 49 del I Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949, 50 del II Convenio, 129 del III Convenio III y 146 del IV Convenio.

(38) Volveré a esta cuestión al abordar, aun telegráficamente, la cuestión de la jurisdicción universal. Véase nota 52.

cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1.º de enero y el 31 de diciembre de 1994, conocido, en corto, como Tribunal *ad hoc* para Ruanda, guiado por las estrictas previsiones de su Estatuto respecto al principio de responsabilidad internacional del individuo, en conexión a los principios de no reconocimiento tanto de la inmunidad de jurisdicción penal⁽³⁹⁾ como de la eximente del cumplimiento de ordenes superiores, debiera juzgar a toda “...persona que haya planeado, instigado, u ordenado la comisión de algunos de los crímenes (para los que el Tribunal es competente) o lo haya cometido o haya ayudado en

(39) Téngase presente, como se apuntó, que pese a previsiones anteriores, tras la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia en el *asunto Orden de arresto de 11 de abril del 2000*, la inmunidad de jurisdicción penal pareciera, en cierto modo, sólo haber quedado anulada, mientras el presunto responsable continúe en su cargo, ante los tribunales internacionales. Cfr. *asunto Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, I.C.J., Reports 2002, párrs. 51-55. Lo anterior no obsta al Tribunal para, a continuación, presentar una argumentación que, además de parcialmente contradictoria con lo sostenido anteriormente, merece ser reproducida por su aparente ingenuidad: “59. *It should further be noted that the rules governing the jurisdiction of national courts must be carefully distinguished from those governing jurisdictional immunities: jurisdiction does not imply absence of immunity, while absence of immunity does not imply jurisdiction. Thus, although various international conventions on the prevention and punishment of certain serious crimes impose on States obligations of prosecution or extradition, thereby requiring them to extend their criminal jurisdiction, such extension of jurisdiction in no way affects immunities under customary international law, including those of Ministers for Foreign Affairs. These remain opposable before the courts of a foreign State, even where those courts exercise such a jurisdiction under these conventions*”.

60. *The Court emphasizes, however, that the immunity from jurisdiction enjoyed by incumbent Ministers for Foreign Affairs does not mean that they enjoy impunity in respect of any crimes they might have committed, irrespective of their gravity. Immunity from criminal jurisdiction and individual criminal responsibility are quite separate concepts. While jurisdictional immunity is procedural in nature, criminal responsibility is a question of substantive law. Jurisdictional immunity may well bar prosecution for a certain period or for certain offences; it cannot exonerate the person to whom it applies from all criminal responsibility.*

61. *Accordingly, the immunities enjoyed under international law by an incumbent or former Minister for Foreign Affairs do not represent a bar*

cualquier otra forma a planearlo, prepararlo o ejecutarlo...”⁽⁴⁰⁾ y sin embargo, ha tenido que acabar por escoger a qué sujetos juzgar y a cuales no,⁽⁴¹⁾ simplemente porque el enjuiciamiento de todos los

to criminal prosecution in certain circumstances. First, such persons enjoy no criminal immunity under international law in their own countries, and may thus be tried by those countries' courts in accordance with the relevant rules of domestic law. Secondly, they will cease to enjoy immunity from foreign jurisdiction if the State which they represent or have represented decides to waive that immunity. Thirdly, after a person ceases to hold the office of Minister for Foreign Affairs, he or she will no longer enjoy all of the immunities accorded by international law in other States. Provided that it has jurisdiction under international law, a court of one State may try a former Minister for Foreign Affairs of another State in respect of acts committed prior or subsequent to his or her period of office, as well as in respect of acts committed during that period of office in a private capacity. Fourthly, an incumbent or former Minister for Foreign Affairs may be subject to criminal proceedings before certain international criminal courts, where they have jurisdiction. Examples include the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, and the International Criminal Tribunal for Rwanda, established pursuant to Security Council resolutions under Chapter VII of the United Nations Charter, and the future International Criminal Court created by the 1998 Rome Convention...” Vid. asunto Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), I.C.J., Reports 2002, párrs. 59-61. Véase un destacable estudio crítico de esta sentencia en CARNERERO CASTILLA, R.: “Un paso atrás en la lucha contra la impunidad. La sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 14 de febrero de 2002 en el asunto relativo a la orden de arresto de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)”, en SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I. (editor): Cuadernos de Jurisprudencia Internacional I, Departamento de Derecho de Internacional Público y Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2004, págs. 83-104. Igualmente, consúltese WOUTERS, J.: “The Judgement of the International Court of Justice in the ArrestWarrant Case: Some Critical Remarks”, en *Leiden Journal of International Law*, 16 (2003), págs. 253-267.

(40) Vid. Artículo 6 del Estatuto del Tribunal.

(41) De este modo, según datos de Amnistía Internacional, “*al acabar el año* (2003), *había 56 detenidos en el tribunal. Continuaron cinco juicios en los que se procesaba a 20 acusados, 3 de los cuales se iniciaron en 2003. En noviembre comenzaron los juicios de 7 exministros. Se dictó sentencia en cinco juicios de 8 detenidos. Al concluir el año, el Tribunal Penal Internacional había dictado 17 sentencias desde su primer auto de*

responsables de los crímenes sobre los que tiene competencia hubiera resultado inviable.⁽⁴²⁾

A pesar de que, según autores como Meron, *“lo importante no es cuántos casos de atrocidades puedan tratar estos tribunales internacionales, sino el profundo mensaje que de su existencia misma se infiere, promocionando, de ese modo, el derecho mediante sus estatutos, sus Normas de Procedimiento y de Prueba, así como mediante la práctica. El eventual miedo de los Estados a que tales tribunales puedan arrogarse un derecho preferencial con respecto a los procedimientos nacionales podría también surtir efectos positivos para estimular los procedimientos ante los tribunales nacionales por graves violaciones del derecho humanitario”*,⁽⁴³⁾ el resultado, a los efectos de

acusación en 1995.” Vid. AMNISTÍA INTERNACIONAL: “Informe 2004: Resonaron las voces de los jamás escuchados”, en <http://web.amnesty.org/report2004/rwa-summary-esl> (puede encontrarse una actualización de estos datos en la página [http:// www.ictr.org/default.htm](http://www.ictr.org/default.htm)).

- (42) Aun así, el Tribunal presenta graves problemas de retraso en sus actuaciones, de tal suerte que, como señala Amnistía Internacional, *“algunos de los acusados llevan más de 30 meses en prisión, y algunos podrían permanecer varios años encarcelados antes de que concluya su juicio. Parte de los retrasos son responsabilidad del propio Tribunal, debido, por ejemplo, a que éste disfruta de cuatro meses de vacaciones anuales, y a los retrasos en procesar a los sospechosos y en tramitar las peticiones de órdenes.”* Vid. AMNISTÍA INTERNACIONAL: “Tribunal Penal Internacional para Ruanda: logros y deficiencias”, Índice AI: IOR 40/13/98/s, conclusiones.

- (43) Vid. MERON, T.: “The international criminalization of internal atrocities”, en *American Journal of International Law*, Vol. 89, 1995, pág. 555 (la traducción puede encontrarse en MAINA PETER, C.: “El Tribunal Penal Internacional para Ruanda: sancionar a los asesinos”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nº. 144, págs. 741-750). Si bien, en perspectiva general, son parcialmente acertadas las palabras de este autor, debe tenerse presente que, circunscribiéndonos al ámbito de los Tribunal *ad hoc*, su capacidad disuasoria, en realidad, se sitúa en una fase previa de decisión política, sea ésta del Consejo de Seguridad o del Estado en cuestión –de acuerdo con las propias Naciones Unidas– que son los deciden o acuerdan su existencia. Caso distinto es de la Corte Penal Internacional, aunque la voluntad estatal –o del Consejo de Seguridad– sigue siendo una pieza central en relación a la posibilidad de ejercicio de su competencia.

este trabajo, es que en casos extremos, como el de Ruanda, en los que nos encontramos con la necesidad de enjuiciar a decenas de miles de personas,⁽⁴⁴⁾ un tribunal internacional no es operativo si no es un período de tiempo prolongadísimo, y esa misma dilación inevitable viola muchos de los principios en los que estos mismos tribunales se sustentan.

Mas, técnicamente, y máxime ante un tribunal penal internacional, hay que sostener que, salvando que su Estatuto establezca lo contrario,⁽⁴⁵⁾ no cabe otra alternativa que juzgar a todos y cada uno de los responsables de la comisión de crímenes de derecho internacional –para los que el mismo sea competente, obvia decirlo–, situación similar a la que deberá enfrentar la Corte Penal Internacional.

Sin embargo, la Corte presenta una característica específica en este sentido, su régimen de complementariedad,⁽⁴⁶⁾ sobre el que el

(44) No hay que olvidar que los tribunales internos, realmente subsidiarios del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, según lo previsto en el artículo 8 de su Estatuto, han juzgado a más de ocho mil responsables de participar en el genocidio desde 1996, y que, aun así, el número de detenidos a la espera de juicio sigue siendo elevadísimo, lo que ha obligado al propio gobierno ruandés a excarcelar a más de veinte mil detenidos y a establecer mecanismos alternativos de justicia como los conocidos como “*Gacaca*”.

(45) Así, por ejemplo, es ampliamente conocido que el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg señalaba como su objeto el enjuiciamiento de los mayores criminales del Eje. Concretamente, el artículo 1 de su Estatuto establecía que: “*In pursuance of the Agreement signed on the 8th day of August 1945 by the Government of the United States of America, the Provisional Government of the French Republic, the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Union of Soviet Socialist Republics, there shall be established an International Military Tribunal (hereinafter called “the Tribunal”) for the just and prompt trial and punishment of the major war criminals of the European Axis.*” Puede consultarse una versión electrónica del Estatuto en <http://www.derechos.org/nizkor/nuremberg/judgment/ncharter.html>.

(46) De naturaleza inversa, podría decirse, a la de los Tribunales *ad hoc* cuya jurisdicción prima sobre la de los Estados, como se ha mencionado; y complementariedad, o subsidiariedad, que, recuérdese, es una característica de la Corte porque así se ha convenido en su Estatuto.

trabajo de Víctor Rodríguez nos ilustrará, sin duda, con mayor habilidad que yo, con lo que baste recordar que, entre otros, el artículo 17.1. a) de su Estatuto establece que un asunto presentado ante la Corte será inadmisibile si el mismo está “*siendo objeto de una investigación o enjuiciamiento en el Estado que tiene jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo...*” Esta previsión refuerza una exigencia que, como ya anuncié, devuelve las aguas a los Estados.

Normativamente estamos ante *obligaciones* cuyo destinatario es, en principio, el particular pero jurisdiccionalmente no son otros que los Estados, los que deben, *originariamente*, hacer realidad esta exigencia, y en este punto surgen un sinnúmero de nuevos problemas.

Nos adentramos aquí en un terreno que hasta hace apenas unos años era *terra nullius*, y que todavía hoy no ha sido prácticamente hollado más que por unos pocos avezados exploradores: la jurisdicción universal. Por ello, en sus dominios aún podemos encontrar curiosidades jurídicas como la pretendida *obligación* general de juzgar o extraditar (*aut dedere aut judicare*) en relación con estos crímenes, claramente asentada en el ordenamiento jurídico internacional, pero cuya materialización presenta algunos de los problemas endémicos del propio derecho internacional. Y es así que la fórmula general nos sitúa en un *se deberá extraditar de conformidad con las disposiciones de su propia legislación, con su derecho interno*,⁽⁴⁷⁾ lo que nos coloca en un

(47) Los ejemplos son muy números, véanse, v.g., el artículo 7 de la Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, los artículos 49 del I Convenio de Ginebra, 50 del II Convenio, 129 del III Convenio III y 146 del IV Convenio, o el artículo 8 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Previsiones que, en definitiva, demuestra el difícil compromiso de los Estados con la persecución de los crímenes de derechos internacional, como se observa, con claridad, en relación a los crímenes de guerra, en los que las propuestas de conformar como jurídicamente obligatorio la extradición en estos casos no fueron nunca aceptadas. Sobre este particular, véase ROUCOUNAS, J.: “Les infractions graves au Droit Humanitaire”, en *Revue Hellénique de Droit International*, 1978. Sobre la cuestión en general, consúltese BASSIOUNI, M. C. y WISE, E. M.: *Aut Dedere Aut Judicare. The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, Matinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1995; BASSIOUNI, M. C.: *International Extradition and World Public Order*, Sijthoff, Leiden, 1974.

escenario en el que esta obligación se torna más brumosa de lo que cabría esperar.

Igualmente, no es difícil toparse con consideraciones de las obligaciones propias de la jurisdicción universal como subsidiarias de las jurisdicciones domésticas,⁽⁴⁸⁾ con amargas quejas del poder ejecutivo o el legislativo cuando un juez se decide a aplicar la jurisdicción universal que establecen las leyes redactadas y aprobados por ellos mismos,⁽⁴⁹⁾ e, incluso, con argumentaciones doctrinales sobre la nega-

(48) El ejemplo más reciente lo encontramos, desafortunadamente, en la Sentencia Nº: 327/2003 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Español, de 25 de febrero de 2003, que, para más bochorno, consideró que en la Guatemala del 2003 no había elementos de prueba suficientes para considerar la existencia de impunidad, aun fáctica. Cfr. fundamentos jurídicos primero al sexto de la Sentencia Nº: 327/2003 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 25 de febrero de 2003. Consúltese, igualmente, el voto particular de los Magistrados D. Joaquín Delgado García, D. José Antonio Martín Pallín, D. Cándido Conde-Pumpido Tourón, D. José Antonio Marañón Chavarri, D. Joaquín Giménez García, D. Andrés Martínez Arrieta y D. Perfecto Andrés Ibáñez que sostienen la tesis, a mi entender, correcta respecto al carácter de la jurisdicción universal. Véase nota 52.

(49) Los ejemplos son múltiples, pero entre ellos cabe destacar el conocido como caso Pinochet pues supuso un punto de inflexión en la actitud del gobierno de España. Incluso en la misma tramitación del caso, resulta interesante analizar cómo la actitud de un gobierno puede variar sustancialmente durante un mismo procedimiento según avanzan los acontecimientos. De entre los numerosos trabajos que abordan la cuestión, véase, por presentar una posición alejada de la mayoritaria, CORRIENTE CÓRDOBA, J. A.: “El “caso Pinochet” como episodio en la evolución del derecho internacional penal” en BLANC ALTEMIR, A. (editor): *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la declaración universal*, Tecnos, Madrid, 2001, págs. 227-241. Desde una perspectiva más amplia, no debe dejarse de consultar el excelente trabajo de REMIRO BROTONS, A.: *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*, Ed. Biblioteca Nueva, Madrid, 1999.

Junto al caso español, a mi entender el caso de Bélgica es especialmente significativo (y valdría decir que “honesto”), ya que el gobierno salido de las elecciones de mayo de 2003 no criticó la actuaciones de los jueces belgas que aplicaban la muy avanzada ley de 10 de febrero de 1999 sobre represión de las violaciones graves del Derecho internacional humanitario (que vino a modificar a la ley de 16 de julio de 1993 sobre

ción de este principio precisamente en relación al crimen más consolidado en el derecho internacional general.⁽⁵⁰⁾

De igual modo, desde la ya citada decisión del Tribunal Internacional de Justicia en el asunto de la *Orden de arresto de 11 de abril del 2000*, el paraje se complica aún más siendo que, pareciera, las

represión de las infracciones graves de las Convenciones de Ginebra y de sus Protocolos Adicionales), sino que, simplemente, ante diversas presiones internacionales, la reformaron.

- (50) En este sentido, es de reseñar, a modo de ejemplo, la opinión de un autor tan destacado en este campo como Ferrer Lloret en relación al principio de jurisdicción universal en la Convención para la Represión y Sanción del Delito de Genocidio. Realizando una interpretación exclusivamente del derecho internacional particular, y centrándose en el caso español, este autor sostiene que: *“En lo que se refiere a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948, debemos advertir (según lo previsto en) su artículo VI (...) los tribunales competentes para su enjuiciamiento serán los del lugar de la comisión de los actos de genocidio. Es más, según esta interpretación el artículo 23.4 de la L.O.P.J. sólo es aplicable a los actos de genocidio cometidos en territorio de Estados que no son parte en la Convención de 1948, al menos mientras no sea denunciado dicho tratado internacional por España. Ello supone, por citar un ejemplo, que de acuerdo con este Convenio los tribunales españoles no tendrán competencia para enjuiciar a los autores de genocidio del pueblo kurdo que se viene cometiendo en el norte de Irak en los últimos 20 años, ya que Irak es Estado parte en la Convención de 1948 desde el 20 de enero de 1959. A no ser, claro está, que el Gobierno iraquí manifieste su renuncia a la aplicación de este precepto señalado (...). Sin embargo, en la actualidad los tribunales españoles poseen competencia contra los habitantes de Timor Oriental durante los últimos 23 años, ya que Indonesia no ha aceptado hasta hoy la Convención de 1948.”* Vid. FERRER LLORET, J.: “La aplicación de las normas internacionales sobre responsabilidad penal del individuo”, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 27, 1998, págs. 74 y 75. Para una crítica a la misma, véase ALBALADEJO ESCRIBANO, I.: “Genocidio y crímenes de lesa humanidad en Guatemala” en BLANC ALTEMIR, A. (editor): *La protección internacional de los derechos...*, op. cit., así como las referencias que cita. En sentido similar, es interesante consultar la opinión del juez Lauterpacht en el asunto *Aplicación de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio*, según la cual: *“...The confirmation in the same Article (I) that genocide “is a crime under international law” does not change the position or restrict the application*

inmunidades internacionales siguen operando en este campo sea cual sea la naturaleza de los crímenes cometidos.⁽⁵¹⁾ Y, junto a todo, no extrañará encontrarse en estos feudos con descomunales obstáculos *naturales* en relación a la prueba si consideramos que, los pocos ejemplos así lo indican, cuando el poder judicial de un Estado trata de juzgar a nacionales de otro, lo hace porque el poder judicial del foro o no puede o no quiere hacerlo.⁽⁵²⁾

*of the concept of genocide exclusively to individual criminal liability. The purpose of this latter provision is to permit parties, within the domestic legislation that they adopt, to assume universal jurisdiction over the crime of genocide –that is to say, even when the acts have been committed outside their respective territories by persons who are not their nationals.” Vid. Opinión individual del juez Lauterpacht en la Orden de 13 de septiembre de 1993, en el asunto *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Provisional Measures, I.C.J. Reports 1993, párr. 110.*

(51) Véase nota 39.

(52) Lo que no quiere decir que, jurídicamente, sólo en estos casos pueda hacerlo. En este punto es común la confusión entre la dimensión jurisdiccional de la jurisdicción universal y su construcción normativa. Así, mientras que normativamente el principio general es el de la persecución por parte de todos los Estados –obligados a ello–, cuando esta persecución se activa, se materializa judicialmente, es posible hallarse ante un conflicto de jurisdicciones donde habrá que plantearse cuál es la competente. En este momento, y no antes, será cuando la jurisdicción basada en principios como la territorialidad –o la personalidad pasiva o activa– prevalecerá sobre aquella fundamentada en la jurisdicción universal en base a la noción de mayor nexo de conexión con el interés de una nación. Sólo desde esta perspectiva jurisdiccional o procedimental, en mi opinión, es posible sostener el carácter subsidiario de la jurisdicción universal respecto al principio de territorialidad, siendo que, lo contrario, significaría un atentando a uno de los fines básicos de la misma, como es la erradicación de la impunidad en los crímenes que atacan los valores más esenciales de la Comunidad Internacional. Sobre esta cuestión ejemplificada en un caso concreto, véase, con la cautela de toda autocita, CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: “Efectos colaterales de la Jurisdicción Universal: o de cómo el inicio de diligencias judiciales en una punta del mundo puede estimular igual actuación en la otra”, en *Newsletter del Observatorio de Seguridad y Defensa*, nº 2-II-julio 2004.

Y es que, en definitiva, y a pesar de su aparente carácter obligatorio, incluso la necesidad de juzgar parece acabar convirtiéndose, a la vista de la práctica internacional, más en un derecho de los grandes, repleto de argumentos de oportunidad, por ende, que en una obligación de todos.

Muchos ejemplos (de acciones u omisiones) ampliamente estudiados corroboran lo anterior, pero, a mi entender, resulta especialmente interesante uno quizás no tan conocido: La muerte de 503 civiles, 88 de ellos niños, 546 soldados y 138 policías durante los bombardeos de la Organización del Tratado del Atlántico Norte contra Yugoslavia entre de marzo y junio de 1999, fueron considerados por el Tribunal del Distrito de Belgrado en septiembre de 2001 como “crímenes de guerra”, siendo condenados, a 20 años cárcel, por su responsabilidad en los mismos: Tony Blair, Robin Cook, George Robertson, Bill Clinton, Madeleine Albright, William Cohen, Jacques Chirac, Hubert Vedrine, Alain Richard, Gerhard Schroeder, Joschka Fischer, Rudolf Scharping, Javier Solana y Wesley Clark.⁽⁵³⁾

Desde una estricta perspectiva formal, estamos ante una sentencia del poder judicial de un Estado soberano que, en ejercicio de la jurisdicción universal por crímenes de guerra, condena a los que entiende probados fueron sus máximos responsables. Materialmente podría entrarse a valorar si el juicio cumplió o no los requisitos del debido proceso, mas, lo interesante en este punto es que ninguno de los acusados ni tan siquiera se molestó ni en responder a las ordenes de arresto emitidas entre el 24 de marzo y el 10 de junio de 1999, ni en comparecer o en enviar a sus letrados, y una vez dictada la sentencia, la misma fue ignorada o descalificada sin mayor análisis.

Si el ejemplo extremo no distrae,⁽⁵⁴⁾ este caso puede recordarnos que existe un notable abismo entre lo dispuesto por una norma internacional y lo que dispone quien, en última instancia, puede aplicar

(53) En concreto, el Presidente del Tribunal, Veroljub Raketich, consideró que eran culpables de incitación a la guerra, violación de la integridad territorial de Yugoslavia, intento de asesinato de altos cargos, crímenes de guerra contra la población civil y uso de armas prohibidas por el derecho internacional, como bombas de racimo y misiles antitanque cargados de uranio empobrecido.

(54) Hablo de extremo por el rango de los condenados, porque sobre los hechos debe tenerse presente que para una organización de la seriedad y trayectoria de Amnistía Internacional: *“La OTAN no cumplió siempre*

u oponerse a la misma; asunto éste que, desde una perspectiva más amplia, abordará en profundidad el trabajo del profesor Antillón.

De esta forma, y a pesar de los enormes avances que ha supuesto, una estructura jurídica notablemente exigente como es la del derecho internacional penal presenta un conjunto de problemas o deficiencias en su materialización, en su dimensión jurisdiccional, que

sus obligaciones jurídicas al seleccionar los objetivos y elegir los medios y métodos de ataque. En el caso, en particular, del bombardeo a la radiotelevisión estatal serbia, la alianza lanzó un ataque directo contra un bien de carácter civil, matando a 16 civiles. Tal ataque constituye una infracción del artículo 52.1 del Protocolo I y es, por tanto, un crimen de guerra. En otros casos, como los bombardeos del puente ferroviario de Grdelica, el puente para automóviles de Luane y el puente de Varvarin, las fuerzas de la alianza no suspendieron el ataque a pesar de haberse hecho patente que habían alcanzado a civiles, lo que constituye una infracción del artículo 57.2.b del Protocolo I. Asimismo, en ataques como los que afectaron a civiles desplazados en Djakovica y Korisa, no se tomaron precauciones suficientes para causar el menor número posible de bajas civiles. Aunque tanto la OTAN como sus Estados miembros han declarado su compromiso con las normas del derecho internacional humanitario, Francia, Turquía y Estados Unidos no son todavía Partes en el Protocolo I, y la OTAN no cuenta con ningún mecanismo para garantizar una interpretación común de tales normas que las refleje estrictamente. La estructura de mando de la OTAN también parece contribuir a la confusión existente con respecto a la responsabilidad jurídica. Los procesos de decisión utilizados en la selección y asignación de objetivos indican que la existencia de desacuerdos sobre la legitimidad de ciertos ataques no fueron óbice para que se efectuaran. Asimismo, algunos aspectos del reglamento de combate de la OTAN, en concreto el requisito de que sus aviones volaran a más de 4.500 metros de altitud, hacían casi imposible la observancia estricta del derecho internacional humanitario. Según algunos funcionarios de la OTAN, se realizaron cambios en el reglamento de combate, incluido el de anular la regla de los 4.500 metros, tras el ataque realizado el 14 de abril de 1999 cerca de Djakovica y el bombardeo del puente de Varvarin del 30 de mayo. Tales cambios fueron un reconocimiento de que las precauciones existentes no ofrecían protección suficiente a los civiles. No obstante, al final de mayo eran centenares los civiles muertos a causa de las incursiones aéreas de la OTAN. Ésta tenía la obligación jurídica de aplicar precauciones fundamentales desde el principio de la operación, en vez de dar más importancia a la seguridad de sus aviones y pilotos que a la protección de los civiles, incluidos aquéllos en bien de los cuales afirmaba haber intervenido. El empleo de ciertas armas, en particular de bombas de racimo, pudo haber contribuido a que se cometieran homicidios

pueden hacernos plantearnos su verdadera incidencia en un orden internacional en que las violaciones a los derechos humanos, e, incluso, la comisión de los más graves crímenes imaginables, como son los crímenes de derecho internacional, están a la orden del día. Mas, la cuestión, y con esto acabo, entiendo que no debemos situarla en la propia dimensión normativa, sino en algo mucho más complejo y difícil de modificar como es su aplicación por parte de los Estados, su puesta en práctica. Por razones materiales, los tribunales internacionales no pueden asumir, en la realidad, todas las exigencias derivadas del principio de responsabilidad internacional individual, y los Estados, realmente, aun pudiendo parecen no querer hacerlo.

Es preciso, entonces, no considerar los problemas de la responsabilidad internacional del individuo aisladamente, sino en una visión de conjunto en la que ciertas concepciones del voluntarismo, connatural a la noción de soberanía, y ciertos compromisos con la protección de los derechos humanos y con la persecución de sus más graves violadores, nos abocan a replantearnos la utilidad de un valeroso armazón jurídico que descansa, a la hora de caminar, en unos trémulos pies de barro.

Desde esta perspectiva, es desde donde debemos recordar que de todos nosotros depende que un día consigamos terminar de *despertar a ese gigante dormido*, y que cuando lo logremos, *el dinosaurio ya no esté allí*.

ilegítimos. Asimismo, la preeminencia que la OTAN pareció dar a los datos de los servicios de información en la fase de planificación, en vez de durante la realización misma de los ataques, y los graves errores cometidos al reunir esos datos también parecen haber sido causa de homicidios ilegítimos. La naturaleza confidencial de las investigaciones que se hayan podido realizar y el hecho de que no se tenga noticias de la adopción de medidas contra miembros del personal de la OTAN hacen dudar de que ésta cumpla con su obligación de analizar en profundidad determinados incidentes de conformidad con el derecho internacional. Sólo en el caso del bombardeo de la embajada china en Belgrado se han revelado los resultados de las investigaciones llevadas a cabo, se ha pagado una indemnización y se han tomado medidas disciplinarias contra los responsables, y da la impresión de que todo esto se ha hecho fundamentalmente por razones políticas...” Vid. AMNISTÍA INTERNA-CIONAL: “¿Daños colaterales» u homicidios ilegítimos? Violaciones del derecho de los conflictos armados cometidas por la OTAN durante la Operación Fuerza Aliada”, Índice AI: 70/18/00/s, págs. 24 y 25. El mismo informe contiene información mucho más detalla que conviene consultar.